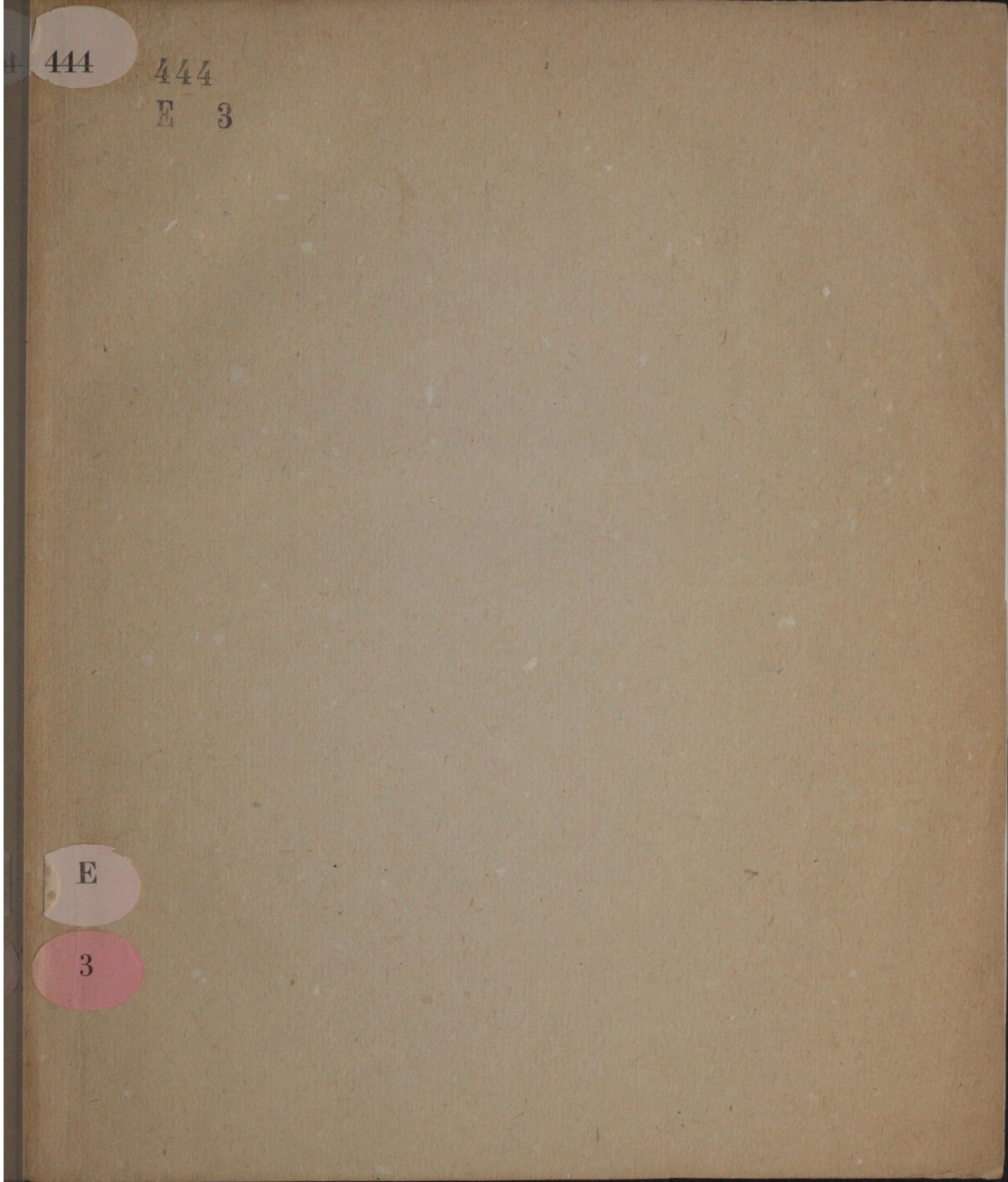
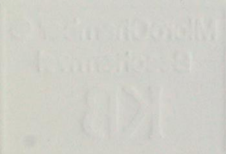

444
444
E 3
E
3



35

DISPUTATIO JURIDICA
DE
PROBATIONIBUS & PRÆSUMPTIONIBUS.

QUAM
FAVENTE DEO
SUB PRÆSIDIO
Viri Amplissimi ac Consultissimi
D.D. PHILIPPI REINHARDI VITRIARII,
U. J. D. ejusdemque in Illustri Academia Lugduno-Batava Professoris ordinarii.
Publicæ censuræ exponit
JOANNES GORDON, SCOTUS,
Auct. & Resp.
Ad diem 14 Iunii horâ locoque solitis.



LUGDUNI BATAVORUM,
Apud ABRAHAMUM ELZEVIER,
Academiæ Typograph. MDCLXXXIV.

Illustrissimis, nec non Generosissimis

DOMINIS

D. GEORGIO GORDON,

totius Regni Scotiæ Cancellario Magno, Comiti Abredoniæ, Domino de Haddo, &c.

NEC NON

D. GEORGIO GORDON,

Marchioni de Huntly, Comiti de Enzie, Domino Gerdon, Badenoch, Strathdowne, &c. Nobilissimæ suæ familiæ & nominis Principi.

Hanc disputationem Juridicam humillime offert

JOAN. GORDON,

Auct. & Resp.





DISPUTATIO JURIDICA

DE

PROBATIONIBUS & PRÆSUMPTIONIBUS.

CAPUT I.



uantum utilitatis, commodi, & emolumenti, hæc probationum materia afferat, non opus est multis demonstrare: me enim tacente res ipsa loquitur, & quod per se laudatum est commendatione non indiget. Sufficiat in præsentiarum dixisse, neque jus, neque voluntatem defuncti, quicquam posse, ubi deficit probatio. *l.* 30. *ff. testam. tut.* eamque ob causam luci comparari, *l. ult.* C. *h. t.* lumenque veritatis appellari *l.* 4. C. *temp. & repar. appell.* Ad vocis ἐτυμολογίαν quod attinet, num ab adverbio probe, quasi proba actio, ut videtur sentire *Mascardus quæst.* 3. *vol.* 1. sive à probo cùm *Dn. comm. h. t.* dicatur? non est quod multum soliciti somus: pugna enim est de lana caprina. Vocis igitur ὁμωνυμίαν primo loco discutiendam proponimus. & apud Ciceronem constat du-

duplicem significationem habere 1°. respectu nostri probamus ea, quæ nobis placent; vel accepta habemus; quomodo probatum vel approbatum opus dicitur quod ædificatum est ex sententia locatarii, idque approbante Cicerone his verbis, *probatio tua est, qui locas*, & in jure nostro dicuntur probati fidejussores *l. 10. ff. qui satisd. cog. l. 75. §. non solum demin.* probatum opus *l. 36. l. 38. & fin. ff. loc. cond.* probata sarta tecta, *l. 7. §. 2. ad L. Jul. repet.* 2°. Respectu aliorum significat fidem alicui de re aliqua facere: quomodo Cicero etiam dicit probare causam, factum, crimen, valetudinem, & imprimis judici de causa controversa ab eo decidenda *arg. l. 12. l. 19. ff. h. t.* & sic late notat rei apud judicem ostensionem *arg. l. 4. C h. t. Mascard. de probat. vol. 1. quæst. 2. num 17. & seqq.* Quomodo jusjurandum, confessio, & rei claræ ostensio, & probatio illa, quæ fit per deductionem in rem præsentem *arg. l. 8. §. ult. ff. fin. reg.* & in hoc ultimo sisignificatu hic accipitur secundum ea quæ dicimus *cap. 2.* Præsumptio, si probatio late accipiatur, interdum est species probationis, & indicia certa quæ jure non rejiciuntur comprehendit; non minorem probationis quam instrumentorum continent fidem *l. 19. C. r. vind. Vid. Bach. ad Wesemb. h. t. n. 14.* Si probatio stricte accipiatur, probatio & præsumptio sibi invicim opponuntur *h. t. Hahn ad Wesem. d. l. n. 2. in fin.* & probatio per se, præsumptio per ea quæ, certa sunt, fidem facit, *vid. Alciat. in tract. de præsumpt. & Mornac. ad l. 19. C. r. vind.* confer de varia hujus vocis acceptione *Vnum. ad proceß. disp. 15. thes. 6. num. 31.* Ita considerata vocis ipsius significatione quid sit probatio? quis probare debeat? cui probetur, quid probandum veniat, quando facienda, & ejus effectus affinia, & contraria videbimus.

CAPUT II.

Probatio apud DD. *vid. Goth. not. h. t.* varie definitur: & ab Azone: Quod sit rei dubiæ per argumenta ostensio. Quam definitionem sunt qui approbant, sunt itidem qui improbant ut inadæquatam, quia non tantùm argumentis, sed testibus etiam fides fit, tum quod non modo rei dubiæ, sed etiam claræ ostensio sit,

Quibus objectionibus quidem respondere conatur *Wesemb. ff. h. t.* Nihilominus tamen aliam paulo ampliorem statuere maluit. Quod sit Actus judicialis & solennis, quo per instrumenta, aut testes, aut idonea argumenta, judici de re controversa fides fit. Aliter ab Echolt, *h.t.* definitur, quod sit ostensio rei dubiæ apud judicem, quam definitionem reprehendit *Wisenbach. & eam definit. quod sit*: Intentionis suæ legitima fides, quam judici facit actor reus aut uterque. Quibus dictis, inter omnes definitiones propositas nobis maxime placet defintio *Wesembecii*; & rite hanc definitionem omne definitum comprehendere asserimus: & hæc de definitione. Hic non impertinens erit adjungere, quæ probationi sunt propria, atque primo requiritur ut sit libello conformis 2. ut sit concludens (i.e.) necessario id quod intendit inferat *l. pen. ff. h. t.* Ad probationem servitutis *Glyconis* de qua in libello facta est mentio: matrem ejus ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit, per media enim impertinentia non debet fieri probatio *l. 22. C. h. t. & ibi Brunm.* Etsi clausula ab Advocato sit adjecta salvo jure impertinentium & non admittendorum: tamen reo est facultas excipiendi de impertinentia probationis, & judici eandem rejiciendi, imo debet hoc facere, *d. l. 22. C. de prob. Bachov. ad Treutler. vol. 2. disp. 4. thes. 5.* sic non sequitur pater est ingenuus, ergo & filius, cum hic matris conditionem sequatur quoad natales *l. 28. C. lib. caus.* ita ut vulgaris sit regula inter practicos, non probat ad esse, quod contingit abesse, & probatio debet de necessitate concludere & ex separatis nihil infertur: quæ tamen dupliciter limitantur. 1. Si aliquid frequenter cum aliquo sit conjunctum, tum omnino valet argumentum licet interdum separari possint *ut in l. 17. h. t. et.* 2°. Si præsumptio sit una cum aliena conjuncta tunc onus probandi contrarium in adversarium rejicitur *l. 16. ff. h. t.* & hoc exemplo puellæ, ad quam juvenes solent diurno & nocturno tempore commeare facete declarat *Brunm. ad l. 10. ff. h. t.* dicitur autem impertinens quæ nec per se nec cum aliis adminiculis ad causæ fidem facit. Præterea probationis proprium est, quod non sit dubia *l. 10. C. h. t.* probationes enim dubias & obscuras contra producentem interpretamur *Gail. lib. 2. Obs. 12.* Aliquando tamen admittuntur. 1. In illis quæ sunt difficilis probationis *Gail. lib. 2. obs. 93.* e.gr. in antiquis ubi secundum DD. lapis incisus probat in iis quæ occulte fieri solent; item, in iis, quæ in animo consistunt

hæc tamen ita obtinent in civilibus in criminalibus enim requiruntur probationes luce meridianâ clariores *l. ult. C. h. t.* 2. Obſcuras admittunt in defenſione reorum. 3. In cauſis ſummariis *vide Struv. Syntagm. I. C. Exerc. 28. Th. m. ij.* 4. Neque debet eſſe incerta neque ſuperflua *l. 2. in fin. C. h. t. Paulus Caſtrenſ. ad fin.* ſui commentarii ſubjicit: aliud ſervari in foro admittique illas nihilominus à juridicis, quorum arbitrio poſtea relinquitur ut vel inſuper habeant quod probatum eſt vel admittant. Fit enim hoc ſæpius *Mornac. ad l. 2. C. d. t.*

CAPUT III.

Probationes varie DD. dividunt 1. In plenam & ſemiplenam *l. 31. ff. de jurejur. l. 3. C. de Reb. cred.* Plenam illam eſſe volunt quæ plenam fidem judici de re aliquâ facit: puta duo teſtes. An ad convincendum Imperatorem & ſummum Pontificem in cauſis civilibus ſufficiant? (Nam in criminalibus non judicantur) *vid. Bach. ad Treut. vol. 2. Diſp. 5. Th. 6.* Inſtrumenta publica; *nam in l. ult. C. de Fid. Inſtrum.* dicitur quod teſtes & inſtrumenta probationem indubitatam & plenam faciant. huc etiam aliquando referunt confeſſionem, juris præſumptionem, demonſtrationem ocularem, juramenta, & conſimilia: hæc tamen magis ab onere probationis relevant quam probant ſicut bene advertunt DD. Diſſentit Echolt. & alii. Semiplenam probationem dicunt eſſe illam, quæ non plenam fidem ſed opinionem quandam inducit: hæc ſecundum DD. fit. 4. modis 1. Uno teſte 2. Scriptura privata & comparatione literarum 3. *Fuga & 4. Fama. l. 3. §. 2. de Teſt.* Præcipue tamen prima & 2. talis dicitur, quæ proficit ad id, ut juramento ſuppletorio plena perfici poſſit, *arg. l. 9. C. de Teſt.* Si Teſtis unus ſit exceptione major vel alia concurrant. Sic Mercatorum libri conſignatis datis & acceptis adſcripto die & expreſſa cauſa debendi ab integræ fidei homine moribus ſemiplene probant; & ſecundum quoſdam morte comprobati plene *Mev. ad jus Lub. lib. 5. tit. 6. art. 4. n. 30.* Imo tribuitur omnibus rationibus legitime conſcriptis, quod poſt mortem ſcribentis ſemiplenam inducant probationem, & hæredes ad juramentum credulitatis ſuppletorium admittantur *arg. l. 6. C. h. t. Struv. Syntagm. I. C. Exerc. 28. Th. 25.* ſi eum uno teſte

teste concurrunt præsumptiones & causa sit Civilis etiam interdum plene probat: ut si sit impossibile vel saltem difficile plures testes habere. Si testis unicus sit publicus officialis *Hahn. ad Wesemb. de Test. n. 6.* Item si Notarius de Contractu super quo requisitus instrumentum fecit, testimonium perhibeat; Si enim extra officium suum deponat non habet vicem duorum Testium sed unius, nec ei creditur nisi jurato *Mev. p. 3. dec. 171. Brunm. ad l. 12. Pand. de Test.* An Principis testimonium plene probet? dissentinnt DD. Alii simpliciter affirmant *arg. l. 19. C. de Testm.* Alii simpliciter negant *arg. l. 9. C. de Test* Alii distinguunt an Princeps testetur de re quam ipse solus faciendi jus habet *vide Cap. un. de Prob. in Clem* Aut de actu coram se suscepto, quod tunc solus admittatur *l. 19. C. de Testam.* an tanquam accusator vel Testis in judicio consistat & quoniam hec in re non Principis sed privati personam sustinet, assertio solius ad condemnationem non sufficit *Bach. ad Treut. Vol. 2. disp. 5. Th. 7. lit. A.* Sic accepimus de Francisci Primi testatione in accusatione illa memorabili qua Wilhelmus Poyetius Franciæ Cancellarius dignitate sua ignominiose motus est, atque exilio & gravissimus multarum irrogationibus multatus est. Cum enim inter Capita accusationis unum esset de quo solus Princeps sponte testatus fuerat blande tamen & obsequiose insuper habitum est illud testimonium, quia singulare erat: duobus enim ad minimum opus est, uniusque vox quantuscunque ille sit quasi nullius est: εἷς μηδεὶς cum lis in testimoniis tota est *vid. Mornac. ad l. 2. ff. de Test.* de Summo Pontifice & Cardinalibus: Vide eundem. Papæ soli creditur, cujus tamen si aberrat memoria, excitanda obsequiose & ut ait Synodus Carthaginensis Canon. 133. Si dicat Episcopus aliquem sibi soli crimen confessum & ille neget, ne existimet Episcopus id ad suam injuriam pertinere, quod ei soli fides non habeatur *vid. eundem Mornac. ad l. 8. C. h. & l. 2. ff. eod. junge Frantzk. lib. 2. Resolut. 22. n. 17. Brun. ad l. 9. C. h. t.* Eam rursus in Gradus dividunt ut alia sit major Semiplena alia sit minor Semiplena. & hæc ad divisionem probationis in plenam & Semiplenam dixisse sufficiat. Altera divisio est quod omnis probatio sit vel artificialis vel Inartificialis ita Aristot. has duas divisiones Bach. in notis ad Wesemb. cogitat esse reconciliandas his verbis: neque vero divisio DD. in plenam & Semiplenam à divisione in artificialem

& Inartificialem aliena est sed omnino illius subdivisio: utique enim non ex omnibus testibus & Instrumentis fit probatio plena, & nonnulla argumentâ pleniorem, alia infirmiorem probationem faciunt. Probationes artificiales sunt, quæ arte & industria probantis ex ipsa causâ ejusque circumstantiis deducuntur, sunt que vel necessariæ id est ex principiis physicis desumptæ & facto applicatæ & ab ista, probatio stricte sumpta distinguitur *Rubr. h.* Probationes Inartificiales sunt quæ ad faciendam fidem extrinsece assumuntur ut Instrumenta; Testes, & sic Rhetores secuti Donell. & Duaren. recte hoc modo diviserunt: ab his statuuntur plures divisiones & subdivisiones scil. Alia est probatio ordinaria seu Regularis alia extraordinaria seu irregularis; Præterea alia est probatio Simplex alia Violenta qua veritas per tormenta extorquetur *l. 8. & 9. d. de Quæst.* Nec non in probationem in specie sic dictam quæ ad actorem pertinet & Reprobationem ad reum pertinentem. Adeoque his ita dictis de divisione, facile constat, quod probatio fiat vel per testes vel per Instrumenta: sed quia si aliquis generaliter solummodo loqueretur de probatione volumen ingens exstruere posset: materia de Testibus & fide Instrumentorum directe hujus loci non erit: solummodo de illis loquuturi, quando Naturaliter à subjecto pendent. præterea ad hoc caput referri posset: an experimentum per aquam frigidam, an sanguinis eruptio per nares vel vulnera occisi, præsente eo qui de homicidio suspicitur, an Fuga; Tortura, Duellum; & similia sint legitimæ probationes? quæ omnia omittimus & saltem de probatione per aquam & eruptione sanguinis pauca addimus. Et quidem super probatione per aquam varie disputatum est: quidam expresse tradiderunt, eam pro saga habendam esse quæ in aquam projecta submergere non potest: cordati tamen ipsis passim contradixerunt: imo periculosum esse si quis ob tam fallax & incertum indicium statim pro mancipio diaboli habendus sit: *Meland. lib. 2. quæst. 39.* in suo super hac proba confecto tractatu *Bocer. de quæst. cap. 3. num.* 101. eleganter ostenderunt. Idem etiam de duelli indicio statuendum: casus talis probationis memorabilis est quem ex *Frossardi lib. 3. an.* 1387. *refert Bœclerus in com. in Grot. lib. 2. c. 1. §. 15. in fin.* Senatus Parisiensis permisit accusatori viro nobili adversus reum itidem nobilem stuprum violentum alterius conjugi pertinaciter negantem singulari

certa-

certamine contendere ea conditione ut si reus vinceret uxor actoris flammis corpus actoris victi, patibuli ignominia puniretur. Sin reus duello succumberet corpus occisi à carnifice patibulo suspenderetur. Ac fuit quidem eventus justæ causæ, reusque victus ignominia suspendii Notatus est. Sed hoc est tentare Deum & incerto eventui rem minime incertis rrtionibus definiendam permittere: quod vir gravis nunquam probaverit. Satius fuisset, vel absolvi reum quam causam totam in casum fortuitum dare. De sanguinis eruptione existimant quidam alii, quasi homicidium vero similiter probatum sit: si occisi cadaver in præsentia de hominicidio suspecti sanguinem emmittat. *Bocer. dec.* 166. *n. ij. Mascard.* 1, *præsump.* 89. *n.* 128. *& Cas.* 276. *n.* 16. rectius tamen est, si illam sanguinis eruptionem pro probatione dubia & incerta habeamus. *Heig.* 2. *quæst.* 39. *Bocer. de quæst. cap.* 3. *n.* 27. sanguinis enim illa effluxio aut naturalis est, aut præternaturalis: si illud ejus causa erit una & eadem, adeoque semper cadaver homicida præsente, diffundit sanguinem: id quod non fit ut *testat. Thesaur. dec.* 173. *n.* 2. *Heig. dic. quæst.* 39. Sic cum excedat ingenium judicis ipsum de hominicidia informare non potest; & sit nullam ex ea probationem admittere debet], cum ejus rationem reddere non possit: *l.* 3. §. 1. *de test.* an autem sit indicium sufficiens ad toruram *vid. Umm. disp. in processſ.* 15. *thes.* 9. *num.* 54. *justin.*

CAPUT IV.

Ad quæstionem, quis probare debeat? sive cui incumbat probatio? prænotabimus axioma hoc usitatum Viz. Affirmanti regulariter imcumbit probatio; & negantis nulla est probatio secundum *l.* 2. *ff. h. t. l.* 21. 15. 5. *eo. add. l.* 23. *C. h. t.* nam naturaliter quod negatur probari nequit nam non entis nullæ sunt pro prietates nullæ qualitates & differentiæ *L. ejus si certum pet.* Ideoque cum actor aliquid semper intendere solet semper probare debet *d. l.* 21. Reus vero non semper & non nisi excipiendo quid asserens ut si præsumptio contra eum militat *l.* 25. *h. t. l.* 6. *ff. don. int. vir. & uxor.* Et sic etiam excipiendo interdum

dum confiteri videtur v. g. Si alleget necessariam defensionem *l. 1. C. de* probationibus *Donell. lib.* 25. *Cap.* 2. Interdum in summariis causis; imprimis in remedio *Uti Poßid.* Utrique parti incumbit probatio ut lites abbrevientur ut *Bald. l.* 9. *C. de excep.* ex qua etiam constat exceptionem non probari nisi antea actor suam intentionem probaverit: Idem in judiciis mixtis, quia uterque actoris vices sustinet *Wesemb. fin. Reg. n.* 7. deinde causative necesse est ut licet neget tantum intentionem actoris & hæc ab actore non sit probata, Reus tamen teneatur probare contrarium, si velit non tantum absolvi sed etiam se dominum vel ingenuum declarari *l.* 14. *ff. h. t.* Confer. *Brun. ad l.* 2. *&* 5. *ff. h. t. Vin. Select. Quæst. lib.* 2. *Quæst.* 12. Negatio non tam figura verborum quam vi & potestate æstimanda, nam multi videntur negare qui revera affirmant. Et in exceptionibus Reus est actor *l.* 1. *de Except. l.* 19. *d h. l.* 1. *C. eodem.* nisi forte Exceptio sit mere negativa, veluti non numeratæ pecuniæ; quamvis & hoc sit ex jure singulari. His dictis utile erit observare distinctionem triplicem propositionis hujus negativæ scil. Facti, juris, & qualitatis. Negativa Facti probari potest si negans seipsum eodem instante temporis illic non fuisse dixerit (Si de furto quæritur) quo furtum factum est negativa juris ab eo probanda est qui in ea se fundat ut si quis neget Emptionem; & venditionem, locationem, & conductionem aut alia legitime confecta esse, illud probare debet *l.* 11. *C. h.* quia omnia præsumuntur legitime & secundum juris dispositionem facta esse, donec contrarium probetur. *l.* 1. §. 1. *h.* Negativa qualitatis est si negetur in re vel persona qualitas requisita, puta si negatur aliquem solvendo esse; vel idoneum ad aliquod munus amplectendum. In hoc capite etiam Jure se offert quæstio hæc, an possessor probare teneatur? quod absolute negamus, nisi raro, *l.* 9. *ff. d. R. V.* & in rebus Incorporalibus §. 2. *I. act.* ita limitant tamen hanc sententiam, ut si contra possidentem sit jus commune, & præsumtio juris, possessori etiam injungi possit probatio e. g. si quis sit in possessione vel quasi possessione juris venandi feras majores ex moribus non relevatur ab onere probandi *Carp. par.* 1. *Const.* 169. *def.* 23 idem ubi possessio rei est contra naturam rei originalem, possessio non relevat ab onere probandi, e. g. Eccle-

siasti-

ſiaſtica res non præſumitur; ideo alicui rem ut Eccleſiaſticam poſſidenti, injungenda probatio. Et Clericus titulum ſuæ poſſeſſionis edere tenetur *cap. 3. de off. ordin.* In 6. Vaſalus titulum feudi *Carpz. parte 1. Iur. prud. Conſiſto. Conſtit. 27. Conſ. etiam l. 14. h. t.*

CAPUT V.

Probandum eſt judici non adverſario, *l. 12. in fin. d. h. l. 2. de edendo l. 1. C. de Con. ob. turp.* nam ſi adverſario fides facienda eſſet in infinitum abiret lis, nunquam fides fieret adverſario & ut *Olden. de probat. Rub.* quid ſit probatio, recte dicit, ſi maxime quis ipſum ſolem pro oſtendenda veritate in manibus gereret. Et fit judici fides, ſimulac probans legitimis probationum generibus uſus eſt: ut tamen judex arbitretur quid & quantum probationi factæ tribuere debeat *l. 3. §. 1. de Teſt.* quo ſenſu probationes dicunt arbitrarias. Hic nobilis iſtius quæſtionis, an judex debeat judicare ſecundum conſcientiam an ſecundum acta & probata? breviter mentio eſt facienda. Alii, ſi propriæ & indubitatæ notitiæ judicis acta ſint contraria ipſum ſecundum ſuam conſcientiam, & non ſecundum acta & probata judicare debere affirmant, 1°. Quia judex ſecundum veritatem judicare debet *l. 13. in fin. C. de ſentent. & Inter. l. 14. in principio C. de jud. Auth. qui ſemel C. quomodo & quando judex*; & vero veritas una eſt: ita ut Decantatum illud judicem habere conſcientiam ut judex ex actis, vel ut privatus ex ipſa re ſit falſum. 2°. Quia ad hoc juramento aſtringitur. *d. l. 14. in princ. C. de jud.* & de jure novo ſecundum id quod ſibi ipſi fuerit juſtius & melius *authentica ſed hodie C. eodem.* 3°. Quia acta & teſtificata non ſimpliciter in judicio valent ſed ubi à judice fuerunt admiſſa atque comprobata *l. 3. §. 3. & l. 13. de Teſt.* 5to. Quia judex teſtibus clare & plene probantibus ex cauſa fidem denegare poteſt *Bartolus in l. 21. de his qui not. Infam.* at

quæ

quæ major poteſt eſſe cauſa quam ſi indubitato judex ſciat teſtimonia eſſe falſa. Alii nihilominus ſecundum acta & probata judicare debere ſtatuunt. *de quibus Struv. in Syntagm J. C. ex 44. theſ. 5.* de reſponſionibus ad eorum objectiones, imprimis *l. 6. §. Veritas. ff. de off. præſ. Frantz. lib. 2. reſol. 22.*

CAPUT VI.

In hoc Capite diſcutiendum venit, quod probandum ſit? & quidem ſecundum *l. 16. C. h.* Statuimus quod non jus ſed factum probari debeat, & quidem factum illud quod dubium eſt, nam quod notorium eſt probatione non eget *l. 11. §. Emptorem de act. Empt. & vend. l. 1. §. 12. de oblig. & act. Sichard. ad Rubr. C. de probat.* eſſe quoſdam refert qui etiam rei certæ & evidentis probationem conſtituant: ſed merito hoc ipſi improbatur per cap. 3. *extra de Teſt.* & quæ notoria ſunt allegantur tantum DD. vulgo. Quatenus tamen hæc evidentia & notorietas negatur probanda eſt, facile enim fieri poteſt, ut rei veritas pleriſque perſpecta ſit, atque ita pro evidenti & notorio habeatur; quod tamen interim quidam ſint qui eam neſciant vel ſaltem in dubium vocent *vid. Umm. Dict. Diſp. ad proceſp.* 15. *Th.* 3. *n.* 15. *Weſenb. & alii &c.* ideoque non male ſtatuitur factum quaſi objectum probationis *l. 9. C. de Collat. &* 13. §. 2. *de pub. in rem act.* Facta enim plerumque ſunt dubia incerta & occulta jus autem certum & finitum eſt *l. 2. D. de jur. & pact. ignor.* De jure ipſo nunquam diſceptatur. Hoc tamen in caſu *l. 5. ff. t.* probandum eſſe alii volunt quos vide apud allegatum *Umm. dic. diſp.* 15. *th.* 5. *num.* 17. A quibus cum Duaren. DD. diſſentiunt. Neque hoc probatur *ex l. 5. h. t.* quam pro ſe allegant quia hic nonnegatum eſt jus ipſum ſed primario quod pars adverſa non habuerit illam facultatem Teſtamenti faciendi, donandi &c. quam alias regulariter quis cenſetur habere: & vocabulum jus non ſignificat legem ſed poteſtatem à lege conceſſam & ſic directo probandum eſt factum conceſ-

ſio-

ſionis , per conſequentiam lex ſpecialiter de hoc lata *Vid. Bachov. ad Weſenb. & Hahn. num. 6.* Conſuetudo introducta itidem non probatur ſed introducenda: idem accidit interdum in ſtatutis *Struv. Syntagm. Jur. Diſputat.* 28. *Theſ.* 8. *in fin.* Si jus non omnino ſit certum ſed DD. diverſis opinionibus dubium reddatur? quid ſi admitterentur caſus pro amico? quid ſi ipſe judex de jure dubitaret? *Vid. l.* 79. *§.* 1. *de jud.* Omnibus his caſibus juris veram probationem non dari ſtatuimus: quæcunque enim ejus probatio eſt, eſt ex ipſis legibus, & non tam eſt probatio legis quam legis allegatio; & non eſt legis probatio ſed applicationis quam nos facimus *Menoch de præſumpt. l.* 1. *num.* 4. & ſimulac de hac dubitatur incidit in quæſtionem facti *Vid. Bach. in Treut. vol.* 2. *Diſput.* 4. *Th.* 1. & ſic recte æſtimant plurimi DD. quos ſequimur.

CAPUT VII.

Procul dubio conveniens eſt, quod lite pendente fiat probatio: hoc eſt dicendum, antequam ſententia deciſoria lata fuerit, jure enim communi terminus probandi arbitrarius eſt & à judice aſſignandus *Auth. ſed & ſi quis C. de Teſtam.* ſive ante ſive poſt litem conteſtatam fiat, nam & ante & poſt eam probari poteſt: ut in examinationibus quæ fiunt ad æternam rei memoriam dic. *Auth. C. de Teſtam.* & permodum ſimplicis inquiſitionis *cap.* 5. *§. ſunt & alii Extra.* ut lite non conteſtat: ſecundo ubi ex conventione circa ſolennem ordinem litigatores pro credunt *l.* 3. *C. de privileg. Schol.* quibus addi poterit tertio de probanda exceptione dillatoria, & exceptione peremptoria privilegiata, *l. penult. & ult. C. de Except. Hahn. ad Weſenb. num.* 9. *ubi quod Bachov. de inſtrumentis notat. rejicit ex Cujac* 18. *obſ.* 34. nam ſi hoc non eſſet, lites eſſent perpetuæ quod Reipubl. incommodum adduceret,

nihilominus tamen admittuntur probationes post sententiam latam si instrumenta ignota vel nova sint inventa vel si testes aliqui produci possunt antea ignoti.

CAPUT VIII.

In quo proponimus discutere probationis effectum, qui est quod veritate rei ex idonea & fide digna probatione perspecta, judex sententiam certam ferre possit & litem dirimere *l.* 14. *D. h. l.* 2. *C. de Edendo l.* 3. §. 2. *de Testam* hicque si limites Methodi nostræ non excederet & prolixitatem tali occasione ineptam non induceret, de habilitate vel inhahabilitate testium longe discurrere posemus, quibusque præ cæteris fides adhibenda sit: sed ob rationes prædictas sufficit hic notare quod magis fides indubio testibus rei, quam actoris adhibenda sit, *arg. cap.* literis extra de Testam. testibus oculatis quam auritis: qui tamen aliquando admittuntur quando supra memoria rei, utrum hominum memoria factum sit vel non factum sit, testes sunt examinandi; hinc quando Immemorialis præscriptio probanda, testes deponunt, quod nec ipsi aliter viderint neque à parentibus aliter audiverint, neque memoria hominum aliter referat: & licet Seneca hos testes vocet secundæ notæ tamen ab antiquis adhibiti sunt: immo interdum isti qui se credere vel arbitrari dicunt *Cujac. lib.* 3. *obs.* 26. æque etiam fides major pluribus quam paucioribus si ejusdem honestatis & famæ sint adhibenda, affrimantibus quam negantibus: dignioribus quam humilioribus, senioribus quam junioribus, masculisque quam fæminis sed hoc fallere putat *Tiraq. de Nobil. c.* 20. cum fæminæ: sint nobiles masculi vero ignobiles, rectius tamen *Anton. Matth.* judicis prudentiæ relinquit, *Struv. in Synt. J. C. exer.* 28. *thes.* 49. *in fin. l.* 3. *l.* 21. §. 2. *h. l. ult. C. de fid. Instit.* circa quæstiones & dubia ad subjectum pertinentia hic mihi non erunt multa dicen-

cenda, sed paucula ad materiam præsumptionum dicturus sum. Præsumptio enim est probabilis conjectura ex certo signo proveniens quæ alio non adducto pro veritate habetur. Qua definitione tradita: eam dividimus primo, in præsumptionem hominis secundo, juris tertio Jure & de jure. Præsumptio hominis est verisimilis aliqua conjectura sed quæ sine aliis adminiculis fidem solide non facit *l.* 5. *&.* 6. *C. h.* quandoque igitur contra reum militat præsumptio statim illi injungitur probatio *l.* 5. *§.* 6. *de re milit.* Alii præsumptionem hominis subdistinguunt, in Temerariam, probabilem, & necessariam sive vehementem, violentam & apertam. Quam sub distinctionem merito ut jure incognitam omittimus. Indicia autem ex quibus præsumptio sumitur recte possunt dividi in necessaria; verisimilia seu probabilia, & levia seu dubia & incerta. Ad indubitata referunt, si quis nudus cum alterius uxore nuda in lecto repertus sit, quod sit adulter *C. literis* 12. *de præsumpt.* quo non refertur osculum aut Papillarum facta contrectatio. Aliud exemplum est *in l.* 6. *his qui sui vel alieni juris sint.* Marito mortuo si uxor post mensem undecimum completum pariat N. 39. *cap.* 1. præsumitur quod post mortem mariti cum alio concubuerit. An huc referri debeat? Virginem non esse quæ in mammis lac habeat. consule Medicos: An si navis in qua vehebatur maritus interiit præsumatur mortuus *confer. cap. quoniam frequenter §. si autem juxta Gl. X.* ut lite non contestata *Brun ad l.* 7. *C. de Repud.* Ad probabilia referuntur ea de quibus dicemus quando de præsumptione juris agemus: huc etiam refertur quod quælibet res præsumatur libera & servituti non obnoxia *l.* 3. *&* 9. *C. de servitut. & aqua* sic de territorio præsumitur esse, quod intra territorii fines situm est *l.* 1 *§. de off. præf. urb. l. pupull. §. Territor. de verborum signif.* Ad dubia refertur, qualis Pater, talis Filiis: præsumitur enim Patri filius similis *Accurs. in l. quod si nolit. §. mancipia de ædilit. edict.* levis enim hæc est præsumptio: Et Heroum filii noxæ & à pessimis parentibus optimi sæpe liberi nascuntur; *Confer. l.* 10. *C. h.* An hæc præsumtio sufficiat in Crimine Læsæ Majestatis ad puniendos liberos inquirit *Grotius lib.* 2. *cap.* 21. *§.* 13. *de Iur. Bell. & Pac.* Ziegler. atque alii in notis ad dictum locum. Præsumptio juris est quæ lege

ex

ex probabilibus rationibus civilibus circa negotium aliquod inducitur, ac ita inductum, pro veritate habetur usque dum probationibus vel præsumptionibus in contrarium legitime elidatur. Rationes istæ ex tribus sumuntur regulis: prima est, illud semper præsumitur adesse quod natura aut lege requiritur, E. G. Parentes præsumuntur amare liberos & illis optime consulere, *l. 7. C. de Curat. furios. l. 3. §. 1. de Administ. Tutor.* etiam in minoribus præsumitur inconsulta ignorantia *l. 3. ad S. C. Maced. & tot. tit. de min.* æque in senibus prudentia præsumitur, in mulieribus timiditas, imbecillitas, & Avaritia sæpissime. *l. 33. §. 1. in fin. de donat. inter virum & uxorem. l. 2. ad S. C. Vellian. l. 4. C. de nupt.* In omni homine sensus communis Religio & potentia generandi *l. 14. C. de Testam. l. ult. C. ad legem. jul. repet. l. 6. in fin. de his qui sui vel.* secundo præsumptio est, quod non sit mutatio sed res præsumuntur in eodem statu manere *l. 22. h.* quo pertinet quod qui semel malus semper malus esse æstimatur &c. Tertia præsumptio est, quod debet fieri in meliorem partem, quo spectat quod quilibet in statu civili bonus præsumatur *l. 51. d. pro socio.* Membrum tertium divisionis est præsumptio Juris & de jure, juris quia jure introducta est, de jure quia de tali præsumptione lex inducit firmum jus & eam pro veritate habet ita ut non admittat probationem in contrarium *l. 23. C. ad S. C. Vellian. l. fin. D. ad S. C. Maced.* confessione tamen judiciali & notoria veritate ipsiusque rei evidentia hæc quoque infringitur. Affinis præsumptioni est Fictio: quæ est legis adversus veritatem in re possibili ex justa causa dispositio. Differunt tamen hæc duo primo materia, quod Fictio fit adversus veritatem, præsumptio in veritate aut verisimile & incertum præsumit, secundo forma differunt nam Fictio legis est definitio præsumptio tantum legis est opinio. Tertio differunt effectu ita illa valet ut legis definitio & adversum probare non licet. Hæc tantum ut probatio, ideo contra eam probari potest, excepta præsumptione juris & de jure quæ pœne in Fictionem cadit nisi quod ea sit contra veritatem, hæc secundum veritatem, aut illud quod verisimile est. Fictio vero est vel affirmativa & positiva *pr. J. de excus. tut.* vel negativa & privativa *§. 5. J. de*

act. vel Tranſlativa primo à perſona in perſonam *l.* 1. *§.* 12. *de vi & vi armata* 2do de re ad rem ut in fictione brevis manus *l.* 1. C. *de donat.* Tertio, de loco ad locum ut præſens pro abſente habeatur quarto, de tempore ad tempus ut in poſtliminio & L. Cornelia; quod hæres ſtatim à morte teſtatoris præſumatur adiiſſe hæreditatem: Alii faciunt duas ſpecies Fictionis ſcil: Legis Corneliæ & poſtliminii Azo ejus ſpecies ad decem prædicamenta revocavit: nos ſequimur veram & communem opinionem. Fictiones fieri poſſunt ab impoſſibili v. g. quod in utero, etiam ante quam partus vitalis eſt, pro nato hebeatur *l.* 26. *de ſtatu hominum* quia ratio Fictionis non ſumitur à poſſibilitate, ſed ab æquitate naturali; & licet natura rerum à Fictione mutari non poſſit; effectus tamen à jure mutantur *Hahn. ad Weſenb. de probat. num.* 15. *in fin* Contraria præſumptioni & probationi ſunt probatio veritatis in contrarium, reique impoſſibilitas & abſurditas.

COROLLARIA.

I.

Supremus Magistratus legibus civilibus solutus est.

II.

Jus naturale divinum & humanum Majestati potestatem tribuit non minus circa sacra quam politica.

III.

Leges humanæ subditos obligant quoad conscientiam.

IV.

Fides hosti data est servanda.

V.

Jus naturæ est immutabile.

VI. De-

VI.

Dolus dans causam contractui bonæ fidei eum reddit ipso jure nullum.

VII.

Duo testes omni exceptione majores plenam fidem faciunt.

VIII.

Affirmanti regulariter incumbit probatio.

IX.

Probatio fit aut per testes aut per instrumunta.

FINIS.